

伝統的国際法の国内法補足的性質について

——武力紛争法・国際人道法を例として——（二）

鈴木 淳 一

目次

はじめに

第一章 国際法の間接執行とその前提としての国内法の実効性

第二章 伝統的な武力紛争法・国際人道法の前提としての国内法

——国内法による間接執行の根拠と国際法におけるヴァッテル的伝統——（以上、四九号）

第三章 国家の完全性の規範的根拠——個人の不完全性の克服

第四章 伝統的国際法の役割としての国内法の補足（以上、本号）

第五章 国内法補足的な伝統的国際法の限界

おわりに

### 第三章 国家の完全性の規範的根拠——個人の不完全性の克服

前章で検討したように、伝統的国際法は、国家の実効性を前提として成立しており、その考え方の根底には、国家こそ秩序の源泉であるという仮定がある。このような国家が定める国内法が法秩序としての優越性を有しているのは、国内法が、法的規律の究極の対象である個人を直接に規律しているからに他ならない。すなわち、我々は、①個人を不完全な存在とみなし、②そのような不完全な個人を補完するため、完全な社会というものを想定し、③国家こそがその完全な社会であると考えている。さらに、この国家の完全性は、④国家の国内的統治と国家間の戦争とが区別され、両者を含めてあらゆる実力の行使を国家が独占的に行ってきたという歴史的経験によって担保されるばかりか、⑤代表性の原則によって規範的に担保されており、⑥その結果、個人は国内法を通じて国家に従属しているため、個人については国家を経由して間接的に規律するという現行の国際法が成立するのである。そして、⑦かくして国内法によって間接執行される国際法は、個人の規律という観点からすれば、純一性・一貫性に欠けるという意味で不完全なものとなる。以下、検討する。

#### 一 個人の不完全性と、個人を補完する完全な社会としての国家

(1) 本稿では国内法による国際法の間接執行の問題を論ずるため、まず、法の規律の対象である個人を、国際法・国内法を問わず法一般がどのような存在として扱ってきたのかについて分析する。個人と比較した国家の規範的優越性こそ、国家による法秩序の維持の正当化のために必要とされる理論的前提だからである。

(2) H・L・A・ハート(H. L. A. Hart)は、その著作『法の概念』の中で、いかなる社会組織であっても、それが存続しようとする以上持たなければならぬ一定の行為のルールが存在するとして、全ての実定法が前提として<sup>(1)</sup>いる自然法の最小限の内容を述べている。これらは、法秩序が前提として<sup>(1)</sup>いる人間の性質を述べたものであり、なぜ法秩序が必要であるのかを説明するものである。その実定法に内在する自然法の最小限の内容としてハートが列挙するリストの中に、人間の性質としての「限られた利他主義(limited altruism)」と「限られた理解力と意思の強さ(limited understanding and strength of will)」が挙げられている。<sup>(2)</sup>

まず、前者の「限られた利他主義」とは、人間が他人の利益となるように行動する場面(利他主義)は、あるとしても有限であり、限られているということである。それゆえ、人間は「悪魔ではない」としても天使でもない(men are not devils, neither are they angels)こととなり、人間の行為を相互に自制するためのシステム(system of mutual forbearances)が必要とされる。そして、人間が有する利他主義が発動される場面は、目下のところ限定されており断続的なものであるから、他人を攻撃したいという人間の持つ傾向は、それが統制されなかった場合には、時には社会生活に致命的な打撃を与えるほどのものとなってしまふ。この人間が害悪行為をなす可能性を持つことについて、アロットは、個人の意識が、悪い選択をする(choose badly)こともでき、努力によって良い選択をする(choose well)こともできるといふ二面性を有していることを指摘している。そのため、人間自らが社会に害悪を与えることを選択できるとする。<sup>(4)</sup>

次に、人間は限られた理解力と意思の強さしか持たないため、それを補完するための法秩序が必要となる。すなわち、ハートによれば、人間が社会生活を営み秩序を維持するにあたり「制裁」が必要となるが、それは、人々が服従するための動機付けとして必要とされるわけではなく、自発的に秩序に服従しようとする者が、服従しよう

しない者の犠牲にならない保障として必要とされる。それゆえ、理性が要求する「強制的な体系における自発的な協力 (voluntary co-operation in a coercive system)」を実現するために、司法制度・公務員制度が必要となる。

以上のような性質上の不完全を人間は有しているため、それを補完するための実効的な法制度が必要となるのである。

(3) この不完全な個人を補完するために、社会が存在し、法制度が存在することとなる。<sup>(5)</sup>このように、自己および自己の状態を一層完全なものにすることを行うべきであり、一層不完全なものにすることを行うべきではないという原則を、本稿では、「完全性 (perfectio, perfection, Vollkommenheit) の原則」と呼ぶ。<sup>(6)</sup>たとえば、個人は不完全なものであり、共同体にとってはその構成部分に過ぎず、共同体が個人を補って完全なものとすることについてアリストテレス (Aristotle) は『政治学』の中で次のように述べる。<sup>(7)</sup>

「……国 (Polis) が自然の産物であり各個人よりも先に存在していることは、各個人が孤立させられた時に自足的でないことから明らかである。それゆえ、個人は、国に対して、ちょうど部分が全体に対するような関係にある。しかし、共同して生活を送れない者が、或は自足しているので共同する必要がない者は野獣であるか、さもなければ神である。そのような者は、国の一部分ではない。」

もちろん、ここでアリストテレスが想定している「国」とは、当時の都市国家であり、今日の主権国家とは異なるものである。しかしながら、この共同体による不完全な個人の補完という考え方は、その後、中世を経て、近代、現代まで、脈々と存続し続けている。たとえば、ホッブズ (Thomas Hobbes) は、人々が自らの安全を守るために、国家を設立するとしたが、<sup>(8)</sup>それは、個人・コモン・ウェルス以外の少数の人々・家族連合などでは、十分に個人の安全を守ることができないためであるとしている。

(4) ここで、その個人の不完全性を補完し秩序を維持する共同体は、「完全な社会 (societas perfecta, complete or perfect society, vollkommene Gesellschaft)」であると想定されている。<sup>(9)</sup> 完全な社会の特徴は以下の通りである。すなわち、①完全な社会は、他者に依存しないという意味で自足 (autarkeia, self-sufficiency) 的であること<sup>(10)</sup>、②共同体内の全構成員の利益を調整し、人間の本性が完全に実現されるための諸条件を創出する包括的 (all-round) な能力を有すること<sup>(11)</sup>、③そのような行為の調整のために、個々の構成員の意志とは分離して独立の共同体の権威が存在し、その権限が正当化されることである。<sup>(12)</sup>

完全な社会こそ不完全な個人を補完する秩序であるが、領域国家 (territorial state) は、まさにこの完全な社会であると考えられるようになった。<sup>(13)</sup> 前述した完全な社会の特徴は、近代領域国家の特徴とオーバーラップするのである。

(5) 完全な社会の目的は、不完全な個人の補完に必要な援助を与えることである。こうした援助は、共同体のすべての構成員が共同体へと結合することで可能となるのであるから、社会の目的は社会の共通善 (Bonnum Commune, common good, Gemeinwohl, bien commun) と呼ばれる。<sup>(14)</sup> ここで共通善とは、共同体の構成員が、合理的な目的 (reasonable objectives) を自ら達成し、(諸) 価値を自ら合理的に実現してゆく (realize reasonably) ために必要な一連の条件 (a set of conditions) のことであり、これらの実現のために、共同体構成員は、その共同体内で互いに協力する理由を有することとなるのである。<sup>(15)</sup>

たとえば、アリストテレスは、『政治学』において以下の通り述べた。<sup>(16)</sup>

「すべての国は、現にわれわれが見る通り、ある種の共同体 (koinonion) であり、そして、すべての共同体はある種の善 (agathon) を目的として形成されたものである (なぜならば、あらゆる人のあらゆる行動は、善であると思われるもののため

に行われるからである)。それゆえ、すべての共同体はある種の善を目ざしているが、それらの共同体の中で至高であり、且つ、それ以外の共同体をことごとく包含している共同体は、「その他の共同体にくらべて」最も熱心に善を、しかもあらゆる善のうち至高のものを目ざしていることは明らかである。そしてこれが、国や政治的共同体と呼ばれる共同体である。」

(6) このようにして共同体はそれぞれ共通善を有することとなるが、この共通善は、その個々の構成員の単なる集合として達成されるだけでなく、その社会全体の利益を実現するための共同的行為 (cooperative action) を通じて達成される。それゆえ、共通善の概念は、近代主権国家の二つの重要な性質と関係する。すなわち、国家は完全な社会であるため、①共通善の実現を行う国家は、任意的な団体 (voluntary association) ではなくなり、共通善の実現も個々の構成員の決定に依存するものではないこと、②共通善が国家全体の指導者たる主権者の究極的な権威を正当化し、この正当化された権威には実力行使の独占という特別な特権 (hegative) が含まれることである。<sup>(17)</sup>

(7) このように、個人を補完する様々な共同体がある中で、特に国家を完全な社会とみなす考え方こそ、今日でも有力なヴァッテル的な国際法観をその根底で支えるイデオロギーである。そして、国家の完全性は、次の二つで担保されている。一つは戦争を含む実力行使を国家が独占してきたという歴史的経験であり、もう一つは国家の統治に正当性を与える代表性の原則である。次にこれらを検討する。

## 二 実力行使の国家による独占に関する歴史的経験

(1) 今日の社会では、実力により法を強制する力を持っているのは国家だけであると規範的に想定している。<sup>(19)</sup> 同時に我々は、この実力行使の国家による独占 (又は組織化された暴力) を、社会学的な歴史的経験としても認識している。

(2) もちろん歴史を遡れば、必ずしも国家のみが実力の行使を独占していたわけではない。近代国家成立以前では、氏族、家、時には中世のギルドでさえ、武装の権利を持っていた。<sup>(20)</sup> それゆえ、国内社会で実力が極度に分散していたときは、何らかの違法行為がなされたとしても、集団全体に対する直接的加害行為と認識される場合を別とすれば、その解決は当事者である権力者間の実力的解決に委ねられるに過ぎず、中央機関はその違法行為およびその解決手続に対して何ら関与することはなかった。<sup>(21)</sup> 紛争解決は、当事者間の私戦であるフェーデ (Fede) ないし賠償金制度および親告手続として行われたのであった。

たとえば、グロティウス (Hugo Grotius) は、戦争をその主体により次の通り分類した。すなわち、①私人 (privatus) の間でなされる私戦 (bellum privatum)、『②公権力 (potestas publica)』特に最高権力 (summa potestas) の間でなされる公戦 (bellum publicum) (このうち戦争宣言されたものは正式戦争 (bellum solenne))、『③戦争の一方当事者が私人、他方当事者が公権力である混合戦 (bellum mixtum) である。<sup>(22)</sup> これから明らかなように、グロティウスによれば、戦争は国家に独占されたものではなかった。

しかし、国家以外の主体による実力行使は、統治権の確立とともに次第に制限されるようになった。特に、新秩序として領域主権国家が形成されはじめると、国王は、その国内での地位を強化するために絶対的な主権を主張し、内戦克服のため地方諸侯に公認してきた私戦権を次第に剝奪して、その代わりに国王の公的裁判所による紛争処理手続を確立させることで、国家の安寧と秩序の維持を図るようになったのである。<sup>(23)</sup> たとえば、一六世紀末に、ジャン・ボードン (Jean Bodin)<sup>(24)</sup> は国家権力の最高性 (主権) を説いたが、それは、彼の時代に形成されつつあった政治現象の理論化にほかならなかった。

(3) ところで、国家による実力の行使を警察権と交戦権とに分類する考え方自体は、比較的最近のことである。

たとえば、フランスの「人および市民の権利宣言」(一七八九年)<sup>(25)</sup>の第二条は、「人および市民の権利の保障は、公の武力 (force publique) を必要とする。したがって、この武力は、すべての者の利益のために設けられるのであり、それが委託される者の特定の利益のために設けられるのではない。」と定めているが、ここにいう「公の武力」には、警察と軍隊の両方が含まれていたと解することができる。<sup>(26)</sup>

ところが、近代国家成立以後、国家による実力行使を、国内秩序維持を目的とした警察権 (Polizeigewalt)<sup>(27)</sup>の行使と、軍隊による戦争とに区別する必要が生じた。<sup>(28)</sup>すなわち国家による実力行使には、①個人を規律する国内統治のための警察行動としての対内的な実力行使と、②戦争などの対外的な実力行使とがある。<sup>(29)</sup>国際法学においても、前者は統治権又は主権 (sovereignty) ・ インペリウム (imperium) ・ 国家管轄権 (State jurisdiction)<sup>(30)</sup>といった問題として扱われ、後者は戦争権 (ius belli) ・ 交戦法規 (ius in bello) の問題として理解されてきた。<sup>(31)</sup>これらは、近代国家の成立過程の中で分化してきたものである。<sup>(31)</sup>

(4) まず、国際社会における対外的な実力の行使について注目されるべきことは、国際社会には、実力行使する主体が、国家以外には存在していなかったことである。<sup>(32)</sup>そのため、第二章一で論じてきた国家による交戦権の独占という規範的正当性は、国家の実力行使の独占という事実によって担保されることとなった。

たとえば、ルソー (J. J. Rousseau)<sup>(33)</sup>は、国家間の戦争を次のように個人間の紛争とは区別して説明している。<sup>(34)</sup>

「個人間の争い (combats particuliers) ・ 決闘 (duels) ・ けんか (rencontres) などは、戦争状態というほどのものを作りうる行為ではない。……だから、戦争は人と人との関係ではなくて、国家と国家の関係なのであり、そこにおいて個人は人間としてではなく、市民としてできえなく、ただ兵士として偶然にも敵となるのだ、祖国を構成するものとしてではなく、祖国を守るものとして。要するに、それぞれの国家が敵とすることができるのは、ほかの諸国家だけであって、人々を敵とすることはできな



い。なぜなら、異なった性質のものの中には、いかなる真実の關係も成り立ちえないから。」

ここでルソーの想定している国家間の戦争は、個人間の紛争とはその規模において決定的に異なるものである。

(5) これに対して、力の対内的な行使については、今日では国家のみが実力行使を独占するようになった。これについて、ヴェーバー (Max Weber) は次のように述べた。<sup>(35)</sup>

「国家とは、ある一定の領域の内部で……正当な物理的暴力行使の独占 (Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit) を (実効的に) 要求する人間共同体である。国家以外のすべての団体や個人に対しては、国家の側で許容した範囲内では、物理的暴力行使の権利が認められないということ、つまり国家が暴力行為への『権利』の唯一の源泉とみなされている。」

(6) 以上述べてきたように、国家による実力行使は対外的実力行使と対内的実力行使の二種類に区分されており、平和が達成された国内社会と戦争で満ち溢れた国際社会との間で、同じ国家による実力行使であっても差異が生じた。これは、奇妙なパラドックスを生み出す。すなわち、国家は、対外的な実力行使は人道的に行わなければならないが、既に平和の達成された国内社会においては、国際法の規律を離れて自由に行動できるのである。たとえば、カール・シュミット (Carl Schmitt) は、次のように述べる。<sup>(36)</sup>

「宗教戦争と内戦という二つの戦争とは別に、新しいヨーロッパ国際法の純粹な国家「が主役の」戦争が現れ、党派の対立を中立化しそれによって克服するようになる。今や、戦争は『形式をもった戦争』(Krieg in Form) になる。……宗教戦争や党派戦争——これらはその性質によれば、殲滅戦争であり、そこにおいては、敵は犯罪者および海賊として相互に差別し合うのだが——の野獸的殘忍性と比較して、また『野蠻な』人民に対して遂行される植民地戦争と比較して、それは、もっとも強力な作用をもった合理化と人道化を意味している。平等の国家的な性格が、両方の戦争遂行当事者に平等の権利として当然に帰属する。両当事者は、互いに国家として承認しあう。それによって、敵を犯罪者から区別することが可能となる。……敵は、『殲滅され

なければならぬ』何かであることを、やめる。『敵に対してと、叛徒に対してとは、対処が異なる。』(Alind est hostis, alind rebelis)。それによって、敗者との平和条約もまた可能になる。かくしてヨーロッパ国際法には、戦争の限定が、国家概念の助けをかりて、成功したのである。(傍点は、引用者)

本稿の主題である武力紛争法・人道法の分野においても、国際法は、国家間の武力紛争を主要な規律対象としてきたのであり、内戦や植民地解放闘争のような非国際的武力紛争を対象とするようになったのは、比較的最近のことである。<sup>(37)</sup>

(7) 以上のように、国家が二種類の実力行使を歴史的に独占してきたことが、国家の完全性を事実の上から支える背景となった。すなわち、この二種類の力は、法によって組織化され、社会のために利用されるが、この力の組織化の任務を担ったのは、完全なものと考えられている国内法秩序であった。それゆえ、この国家が獲得した力は、国家の集合体からなる国際社会全体に委譲されることはなかったのである。たとえば、アロットは次のように述べる。<sup>(39)</sup>

「……個々の「国家」社会は、いわゆる力、(power) と呼ばれるものを「行使する」単位である。しかし、その力は、「国際」社会のために利用されるのではなく、各々の勝手な目的のために注がれるエネルギーである。その力は、「国際」社会の目的に供するために交換されるのではなく、国際社会のコンスティテューション<sup>(40)</sup>の下で社会的力へと変形されるものでもない。

力「を行使する」個々の単位は、自己のいわゆる利益、(its own so-called interest) を選択し追求する性向を元々有するものとみなされている。要するに、国際関係において、「個々の」国家社会 (state-societies) は、あたかも社会化されていない人間であるかのごとくみなされる。これら複数の国家社会によって形成されていると考えられている見せ掛けの社会 (phantom society) は、各々の社会による意志および行為の相互作用を集積させただけのものに過ぎない。」(傍点は、原著者)

それゆえ、国際法レヴェルでの力の行使に関する個人の行為は全て国家の行為と関連づけられて理解されるようになり、同時に個人は国際社会から切り離されて専ら国内法で規律されることとなった。次に、このような国家による実効的統治に正当性を付与する代表性の原則を検討する。

### 三 国家の完全性を支える代表性の原則

(1) このような力による実効的統治を行う国家に対して（つまり国家の実力行使に対して）、規範的正統性を付与してきたのは、いわゆる「代表性の原則（Doctrine of Representation）」である。<sup>(4)</sup> 本稿では、この代表という概念が、以下の二つの意味を持っていることに注目する。すなわち、①ある共同体の外部に対して（つまり対外的に）、ある人に代わって請求を行うか又は意見を述べる権利（通常、国家の法人格とか、外交能力と呼ばれるもの）と、②ある共同体の内部に対して（つまり対内的に）、当該代表者が統治を行う正当性を付与する行為である。そして、これまで見てきたように、前者の対外的な代表は、後者の国内統治の実効性によって担保されている（第二章四を参照）。この代表性の二つの側面を、順次検討する。

(2) 代表性の原則は、その国家を対外的に代表する者に対して正当性を付与する。たとえば、トマス・ホップズは次のように述べる。<sup>(5)</sup>

「ひとつのコモン・ウェルスが、設立されたといわれるのは、人々からなる群衆が、各人と各人とで、つぎのように協定し、信約する場合である。すなわち、かれらすべての人格を表現する権利（Right to Present）（いいかえれば、かれらの代表（Representative）となること）を、多数派が、どの人または人びとの合議体に与えるとしても、それに反対して投票したものを賛成して投票したものと同じく、各人は、かれらの間で平和に生活し、他の人々に対して保護してもらうために、その人又は

人びとの合議体のすべての行為や判断を、それらがちょうどかれ自身のものであるかのように、権威づける、ということである。」(傍点は、原著者)

ここで注目すべきことは、ホッブズにとつて、コモン・ウェルスの設立の中には、設立したコモン・ウェルスの代表が国民の代表者として行動することを含む概念であったことである。

そして、ホッブズは、そういった主権者によってなにかの事柄に利用され、その業務遂行にあたって、権威をもつてそのコモン・ウェルスの人格を代表する者である公務員を、公共的代行者 (Publique Ministers) と呼び、この公共的代行者の一種に、国外の公共的代行者として、諸外国に対して、かれら自身の主権者の人格を代表する人々をあげる。(44) それは、大使、使節、代理人、使者などであるから、今日の外交使節に該当する。興味深いことに、ホッブズは、このような正式な代行者に対して、紛争中の国の、私的党派の権威にのみ基づいて派遣される人々についても言及しており、これらの人々は、たとえ彼らが相手方によって受け入れられるとしても、そのコモン・ウェルスの公共的代行者でも私的代行者でもないとして、その対外的な代表としての立場を否定するのである。(45)

(3) それゆえ、伝統的国際法の文脈における「代表」概念は、今日の民主主義的代表のみを意味するものではない。古典的な国際法の特徴は、むしろ、非民主的ですからある。たとえば、ジェイムズ・クロフォード (James Crawford) は、そのような古典的国際法の非民主的な特徴として、以下の六つをあげる。(46) すなわち、① 行政府が国際問題について包括的権限を有することを国際法は想定していること、② 国内法がいかに民主的に確立されたものであるとしても、国際法上の義務不履行の弁解にはならないこと、③ 国際的な救済手続の利用について、行政府が事実上排他的に統制しているため、個人は国際法上の自主的な救済手続を有しないこと、④ 内政不干渉原則は、自

国民に対する権力維持のための行動を正当化する点で、非民主的なレジームに対してすら保護を与えたこと、⑤自決の原則が、確立された国境を変更することを許していないこと、⑥国家を将来にわたって拘束する政府の権限は実質的に変更され得ないこと、である。

伝統的国際法においては、各国がいかなる政治体制をとるかは、その国の国内問題であるから、実際に国際法が国家に対して要求できることは、民主的正当化ではなく、実効的統治であつた。<sup>(47)</sup> それゆえ、代表概念が国際関係において果たす具体的内容は以下の通りである。すなわち、①国際社会で代表する資格を国家が独占すること、②国際社会で代表する資格を有するためには、国内的な実効的支配だけが必要とされること、である。これは前述の通り、実定国際法の観点からも裏付けられる。<sup>(48)</sup>

(4) ここで注目されることは、国際社会において、国家以外に個人が自らを代弁するための機関が存在しなかつたことである。<sup>(49)</sup> その限りにおいて、「国際レジームの正当性は、国内体制の正当性に依存する」のである。<sup>(50)</sup> さらに、代表性の原則を満たしている政府の行為は自動的に国家の行為とみなされてしまうため、<sup>(51)</sup> 伝統的国際法は、このような代表性の原則を認めることで、個人と国家とを分離し、個人の自律性が国家に服従することを助長するという機能を果たしている。

(5) 次に、代表性の原則の国内的側面である、個人の国家への服従 (obedience) の問題を検討する。

そもそも、本章の一(4)および(5)で既に検討した、社会全体の共通善の実現を目的とする完全な社会が個人を補完するという考え方は、個人の利益よりも社会全体の利益が優先することを前提としている。たとえば、自然法の伝統にたつトマス・アクィナス (Thomas Aquinas) は、社会の構成員の利点・利益よりも、社会の共通善を、より一層高貴で神聖なものとして頻繁に言及した。そして、社会の共通善と、その構成員の個人的・私的な善

との関係を、全体と部分との関係としてしばしば言及した。<sup>(52)</sup>これが示唆することは、個人の利益よりも、社会の利益が優先することであった。<sup>(53)</sup>

このような個人の社会全体に対する服従は、近代国家においては、「代表性の原則」が有する国内的機能によって正当化されるようになった。ここで、代表性の原則の国内的機能とは、①市民とその（授權を受けた）代表者とを区別することを基礎とし、さらに、②前者が後者に服従するという関係を成立せしめることである。<sup>(54)</sup>この結果、共同体の代表者は、その構成員の道徳的忠誠を、それら構成員の個人的な利益や希望とは無関係に要求し、もし必要であれば、本章二で述べた国家によって独占された実力を用いることによって、個人に対して服従を強制することもできるようになった。

このような契約に基づく服従について、グロティウスは、以下の通り述べる。<sup>(55)</sup>

「ヘブライの法およびローマ法からわかるように、人は、自ら望む者に対して、私的な奴隸となることが許される。それでは、法的権限を有する人民が、自らを支配する法的権利を、一人または複数の人に対して、わずかな部分を残すことなく、明白に譲渡するという方法を用いて、彼らに服従することが何故許されないであろうか。」

また、カント<sup>(56)</sup>は国民の統治者に対する服従について次のように説明している。<sup>(57)</sup>

「立法を行う国家統治者に対して、国民が合法的に抵抗するというものは一切ありえない。なぜならば、法的な状態が可能となるのは、そうした統治者の普遍的な立法意志 (allgemein-gesetzgebenden Willen) に服従することによってのみ可能となるからである。」

さらに、ミル (John Stuart Mill) は、代議制統治が最善の統治形態であるとしつつ、その確立のためには、人民が「文明の第一の教訓、すなわち『服従 (obedience)』という教訓を学ぶ」ことが必要であると述べる。<sup>(58)</sup>それゆえ、ミ

ルの立場からすれば、代表制メカニズムは、支配・服従の關係と不可分に結びついていることとなる。<sup>(59)</sup>

したがって、この代表という国内的な社会契約のイデオロギーは、あらゆる国内規範の源泉として社会契約を位置付けているばかりか、ある集団に属する構成員のあらゆる意思や行為を、国家の自律的な意思に還元する思考方法を産み出す土壌となったのである。それゆえ、代表制民主主義という觀念は、国家が有する実効性に対して規範的な正統性を付与する<sup>(60)</sup>ばかりか、個人の国家への服従を正当化するのである。<sup>(61)</sup>

(6) さらに注目すべきことは、この代表概念によって正当化された個人の国家への服従は、絶対的且つ包括的に個人を拘束する傾向を有することである。これは次の理由のためである。すなわち、複数の自然人から構成される国家が、個々の構成員の人格とは独立した一人格として、国家自らの自律を貫徹しようとすれば、その個々の構成員の自律は当然に侵食される。それゆえ本稿の主題である武力紛争下では、自然権のような個々人の自律の要素が国家に対して譲渡され、たとえ個人の生存権が脅かされるとしても、個人の自律性は制限・停止されることが多い。そこでは、個人の自律性は、完全に国家の自律性に服従する形となる。このような代表概念に基づいて武力紛争下の個人の自律性に関する議論をするとき、それを完全に認めるか完全に認めないかの両極端な帰結へと導く結果に陥りやすい。このように、国家に対する個人の服従義務は、個人が国家の権威に賛同するか否かにかかわらず、当該国家内においてその効果は普遍的・一般的に及ぶのである。<sup>(62)</sup>

(7) それゆえ、個人は、国家の中にしつかりと捕らえられることとなる。これは特に軍隊において顕著であり、軍隊の構成員は上官の職務上の命令に服従しなければならぬ<sup>(63)</sup>。たとえば、実定国際法においても、いったん特定の国家に忠誠を誓った者が、それに違反するように、忠誠の対象たる国家に反旗を翻すことは認められない。たとえば、権威ある『オッペンハイム国際法』の第七版は、次のように述べている。<sup>(64)</sup>

「交戦国の軍隊構成員が、敵の軍隊に参加した後には自国軍に捕らえられた場合、当該「脱走」兵士は、軍隊構成員の有する特権を主張することができない。当該兵士は、犯罪人として取り扱うことが許されており、また常にそのように取り扱われている。

これは、自国軍の構成員でないにもかかわらず敵の軍隊に加わって戦闘する反逆的な国民 (traitorous subjects) についても、まったく同様に当てはまる。たとえ彼らが休戦旗の保護の下に現れるとしても、脱走兵と反逆者については、これを捕らえて (seize) 処罰することができる。」

それゆえ、「国家は、その国民を代表する」という命題は、国家という組織を特権的な存在にしており、そしてこれは国際法学者にとっては馴染みである絶対的国家主権の原理を導いている。すなわち、このような「完全な社会」という概念を、国家の神性・絶対性・無謬性・最高性と結びつける考え方が伝統的に存在してきており、しかもこの考え方は今日でも依然として有力なのである。<sup>(65)</sup>

(8) 以上、国際法の国内法による間接執行は、①国際的・国内的な実力行使を国家が事実上独占していること、そして、②国家が、対外的・対内的な代表性を規範的に独占していること、の二つに支えられていることが明らかとなった。すなわち、国際的平面で自らを代表する資格を有しない個人は、国内的平面において自らの代表である国家当局によって実効的に支配されてしまっている。

#### 四 国際法の不完全性<sup>(66)</sup>

(1) これまで述べてきたように国家が個人を規律する完全な社会であるという前提に立つとき、その完全な国家を適用対象とする国際法は、国内法と比べて、どのような特徴を有するのであろうか。特に、完全な社会である国家の国内法が「完全 (complete or perfect)」であるとすれば、国際法は果たして「不完全 (incomplete)」なのであ



ろうか。

従来の国際法の完全性 (completeness) (または不完全性) をめぐる議論は、大きく二種類に分類することができる。<sup>(67)</sup> 一つは、国際法の強制力・執行機関の有無を基準として、完全性を判断する学説である。もう一つは、国際法の主体に対して法的な義務を課す国際法体系における欠缺 (lacuna) の有無をもって完全性の基準とする学説である。後者の立場からすれば、国際法の完全性の問題は、法の欠缺、裁判所による法の創造 (司法立法 (judicial legislation)) の是非、又は裁判不能 (non-liquet) の禁止の問題と関連付けられて論じられることとなる。もちろんこれらの議論は、互いに密接な関係にあるが、ここではまず、これまで本稿で扱ってきた執行の問題に直接関係する前者の問題を取り上げる。

(2) まず前者の執行機関の有無については、オースティン (John Austin)<sup>(68)</sup> の法命令説に従った国際法の理解が有名である。<sup>(69)</sup> オースティンによれば、①正しく法と呼ばれるものは、実定法 (positive law) であって、実定法とは主権者 (sovereign) に服従する人間に対して、主権者が定める命令 (command) である。②命令は義務を定めると同時に、その違反に対して制裁 (sanction) を加えるものである。③国際法は主権者によって定められた命令ではなく、世論 (general opinion) によって定められたものすぎないから、実定法ではなく、実定道德上の規則 (positive moral rules) にすぎないとする。

これに対してケルゼンは、完全法規 (complete legal norms) と不完全法規 (incomplete legal norms) とを区別し、後者は、法規範であるにもかかわらず、この規範を遵守しない者に対して、何ら制裁の加えられないものをいうとした。<sup>(70)</sup> ケルゼン自身は、国際法においても、戦争や復仇によって、制裁が存在することを指摘し、結論として国際法が完全法規であることを強調した。<sup>(71)</sup>

しかしながら、ケルゼンの主張にもかかわらず、国際法の国内法との顕著な差異は、この集権化された強制力の有無にこそあると主張されてきたのである。<sup>(72)</sup> たとえば、国際法の不完全性について、イエリネク (Georg Jellinek) は、次のように述べる。<sup>(73)</sup>

「国際法は、組織されざるまたそれゆえに統治能力を有しない権威から生ずるため正当にも無秩序な法として特徴づけられるし、このことは同時に、国際法の不完全性と欠陥 (Unvollkommenheiten und Mängel) を説明するものである。」(傍点は、原著者)

国際法は、強制的・包括的な固有の執行機関をいまだ所有していない。これは、国家間の国際法についてそうであるばかりか、本稿で取り上げてきた個人を規律する体系としての国際法についても同様である。個人の規律という観点からすれば、国際的な平面で個人に法を強制・執行する機関は未発達・不完全であり、そのため、これまで検討してきた通り、国際法の個人への執行は国内法によって担保されるのを待つしかなかったのである。

(3) では、国際法体系の規範としての完全性はどうかであろうか。この問題は、国際法の欠缺、司法立法の是非、裁判不能の禁止といった問題との関係で論じられてきた。<sup>(74)</sup> すなわち、一般に、国際法が不完全であるとする学説は、国際法の欠缺を理由とする裁判不能を肯定し、国際法と国際裁判との創造的な役割を消極的にとらえる傾向がある。これに対して、国際法が完全であると考える学説は、法の欠缺を理由とする裁判不能を否定し、国際法の規範領域と裁判機能を広範に認める傾向がある。<sup>(75)</sup>

もちろん、これらの議論は、国家を規律する国際法の完全性を国家間の紛争解決手続という文脈において主に検討してきたわけであるが、<sup>(76)</sup> 個人の規律という観点から注目すべきことは、国際法の完全性を主張する学説の中に、国際法体系に欠缺が存在するののかという完全性の問題を、国家によって国際法が補完され執行されるという問

題と結びつける学説が存在することである。すなわち、一見すると国際法の欠缺が存在すると思われる場合であっても、「国際法に明示的な禁止規則が存在しない場合、国家はいかなる行動をとってもよい（Whatever is not expressly prohibited by international law is permitted）」という原則によって、国際法の欠缺が補われ、国際法の完全性が確保されるという学説である。たとえば、ケルゼンは、禁止されていないことは法的に許されるという原則が作用するので、実際には国際法には隙間（gaps）が存在しないと見た。<sup>(77)</sup>これはストーン（Julius Stone）によって、「残余的な否定原則（residual negative principle）」として批判された原則であり、ロチュース号事件の判決に示された理論は、まさにこの原則の適用にほかならない。<sup>(78)</sup>

この残余的な否定原則は、国際法の完全性を確保するかの如き態度をとっておきながら、国際法の完全性を国家のそれに譲った形となっている。いわば、国家が国際法を補完しているのである。それゆえ、この残余的な否定原則は、個人を規律する国際法に重大な理論的帰結を及ぼす。すなわち、これまで述べてきたとおり、国際社会において、個人を規律するための執行機関が未発達である結果、個人を規律する国際法の執行を国家が担うこととなるが、その実施にあたって国家は、この残余的な否定原則を適用すれば、広範な裁量を有することとなってしまふ。特に、個人を直接に規律する詳細な国際法規範が未発達の分野では、国家がその内容を国内法上の立法過程を通じて自由に定めることができることとなる。

(4) このように国際法の執行にあたり国家が広範な裁量を有しているため、同一の国際法規範が個人に適用されるときも、その執行にあたる国によって、規律されたりされなかつたりするという、純一性・一貫性の欠けた状態となっている。それゆえ、個人を規律する国際法は、国内法秩序として執行される段階で、次のような意味で完全性に欠けるものとなるのである。すなわち、国際法を間接執行する各国の裁判官は、国際法を国際法として解釈

適用するのではなく、自らの属する法体系である国内法との整合性・一貫性を損なわない限りにおいて、限定的に解釈適用するにすぎないこととなる。これに対して、同じ裁判官が国内法を解釈適用するにあたっては、国内法の整合性・一貫性を損なわないことを心がけるであろう。<sup>(80)</sup> たとえば、レーリンク (B. V. A. Rolink) は、次のように述べる。<sup>(81)</sup>

「法学者や裁判官の見解、価値または利益に対する彼らの評価、条約文の意味についての彼らの意見、特定の慣習の認識は、「その法学者や裁判官が帰属する」国家の立場によって決定されるのである。」

その結果、個人の規律の観点からすれば、国内法が自律的・整合的・一貫的であるのに対して、国際法は国内法を通じて執行される段階で非自律的・非整合的・非一貫的な法秩序となる。以下、この法の純一性・一貫性に着目して、完全な社会とされている国家の国内法と、不完全なものとしてされている国際法との差異を、個人の規律という観点から論述を試みる。

(5) この「純一性 (integrity)」としての法の概念は、ドゥウォーキン (Ronald Dworkin) によって主張された。ドゥウォーキンは、英米法の伝統下にある現実の法現象を統制している政治理念として、公正・正義・手続的デュー・プロセスに加えて、純一性の理念も挙げる。<sup>(82)</sup> 純一性の理念とは、正義や公正といった諸原則が具体的にいかなるものであるかについて意見の不一致がある場合でさえ、「国家は、一組の整合的な諸原則 (a single, coherent set of principles) に従って行為しなければならぬ」という理念である。<sup>(83)</sup> この純一性の要求から、①立法者に対して、様々な法の総体を原理において整合的なものとして保持するように努力するべきことを要求する「立法上の原理 (legislative principle)」と、②何が法であるかを決定する責任を負った人々に対して、原理的に整合性のとれたものとして法を解釈し適用すべきことを要求するという「司法上の原理 (adjudicative principle)」と

が導かれる。<sup>(84)</sup>

ドゥウォーキン<sup>(85)</sup>は、そのような純一性を一つの政治的な理念として受け入れた政治社会は、同胞関係（fraternity）又は共同体（community）になるとする。そしてこのように純一性を受け入れた共同体においては、各構成員が家族関係に類似した同胞的な人間関係に見られる連帯責任を負うことで他のすべての人々を平等に配慮するようになることから、構成員に対する強制力を独占して行使してゆく権威はそれだけ強く正当化されることとなるとした。<sup>(86)</sup> それゆえ、このような国内法秩序における純一性の要請は、これまで述べてきた完全な社会としての国家の地位と密接な関係にある。

（6） もちろん、ドゥウォーキンの議論は、国内社会における個人間の関係を考察の対象としており、国際社会を直接の対象としたものではない。<sup>(87)</sup> これに対してフランク（Thomas M. Franck）は、国際法規範の正当性に関する議論の中で、ドゥウォーキンの純一性概念に対応するものとして、「一貫性（coherence）」の概念をあげ、同概念が国際法の正当性の一つの基準であると<sup>(88)</sup>する。フランクは、この一貫性の対象となる分野として、主権平等や民族自決など国家又は国家に準じた主体を規律する国際法の一貫性を考察対象としているが、<sup>(89)</sup>本稿との関連では、民主主義に関する分析の中で一貫性についても考察を行っている。<sup>(90)</sup> フランクは、民主主義の国際法上の正当性について、その前提となる規範レベルでは一貫性があるものの、実行上は未だ一貫性の点で弱いことを認めている。

（7） 以上のドゥウォーキンとフランクの純一性又は一貫性の基準に照らして、個人を規律する武力紛争法・人道法を検討してみれば、国際社会においては、これらの純一性又は一貫性が実現されていないことは明らかである。

そもそも伝統的国際法においては、戦時国際法が適用される戦争は国家が行う決闘であり、その戦争状態を終結し、平時国際法に復帰するにあたって締結される平和条約は、敗者に対して科される勝者の意思（will of the

victor)に他ならないと考えられてきた<sup>(92)</sup>。この考え方は、第二次世界大戦後には個々人の戦争犯罪に対して適用されるようになり、たとえば、ニュルンベルグと東京での国際軍事裁判では、国内裁判ではなく国際裁判であったにもかかわらず、敗戦国である枢軸国の罪のみが裁かれ、戦勝国の犯罪は裁かれなかった。それゆえ、シンプソン(Simpson)は、このような国際刑事裁判が有する「不公平(partiality)」を指摘する<sup>(95)</sup>。

(8) 以上のことから、国内法秩序では純一性又は一貫性としての法が存在するのに、国際社会ではそうならないことがわかる。個人を規律する国際法の執行が、国内での間接執行の形態をとった結果、各国の裁判官にとっては、それぞれの国内法の純一性又は一貫性を追求することが求められはするものの、国際法上の純一性・一貫性の追求は第二次的な要請となるのである。すなわち、「法の純一性」が妥当するのは、「各々の政治共同体の内部において(within political communities)であって、共同体の間において(between them)ではない」のである<sup>(96)</sup>。

国際法が国際法廷によって直接執行されると国内法廷によって間接執行されるとを問わず、個人の規律という観点からすれば、国際法の純一性又は一貫性が確保されねばならない。このような国際法の純一性・一貫性が満たされないため、個人は、国際法から切り離された存在となったのである(第二章四を参照)。

## 五 ま と め

このような完全な国家を中心とした国際法は、不完全な存在としての個人ではなく、国家の規範的自律性・完全性をその前提としている。そして、自律的主体としての国家を成立せしめているのは、国家の国内的自律性又は国内的な純一性や一貫性にあるといつてよい。すなわち、「ある国の政府による同国民や領域に対する権限の行使が排他的であればあるほど、国際社会は、政府の権限行使からより多くの責任を合理的に要求することができるの

である。<sup>(97)</sup>しかしこの考え方は、個人の規律の純一性・一貫性を損なうという代償を伴っている。

- (1) H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 192-200 (2nd ed. 1994) (1961). (H・L・A・ハート(矢崎光岡監訳)『法の概念』二〇一―二一八頁(みすず書房、一九七六年)。ハートは「自然法の最小限の内容として、①人間の傷つきやすさ(human vulnerability)」、②おおよその平等性(approximate equality)」、③限られた利他主義(limited altruism)」、④限られた資源(limited resources)」、⑤限られた理解力と意思の強さ(limited understanding and strength of will)」をあげる。ハートの国際法理解の意義については、たとえば、以下の文献を参照。IAN BROWNLIE, *THE RULE OF LAW IN INTERNATIONAL AFFAIRS* 3-6 (1998) [hereinafter cited as BROWNLIE, *RULE*]. 尾崎重義「ハートの『承認のルール』と法体系としての国際法」寺沢一ほか編『国際法学の再構築 下』三一五〇頁(東京大学出版会、一九七八年)。大沼保昭「国際法学の国内モデル思考―その起源、根拠そして問題性―」山本草二先生古稀記念『国家管轄権―国際法と国内法―』五七―八二頁(勤草書房、一九九八年)。
- (2) HART, *supra* note 1, at 196. (ハート・前掲注(一)二一四頁)。
- (3) HART, *supra* note 1, at 197-198. (ハート・前掲注(一)二一五―二一六頁)。
- (4) PHILIP ALLOTT, *EUNOMIA* 182, para. 12.11 (1990) [hereinafter cited as ALLOTT, *EUNOMIA*].
- (5) JOHANNES MESSNER, *DAS NATURRECHT* 152-156 (6th ed. 1966). (モンネス・メスナー(水波朗・栗城壽夫・野尻武敏訳)『自然法』一六一―一六五頁(創文社、一九九五年)。
- (6) 「完全性」概念は、「不足・欠落のなき」と「目的ないし終極への到達」の双方を意味する。佐藤直子「完全性」学校法 人上智学院・新カトリック大事典編纂委員会編『新カトリック大事典 Ⅱ』八四頁(研究社、一九九八年)。また、柳原正治『ヴォルフの国際法理論』七九頁(有斐閣、一九九八年)も参照。
- (7) ARISTOTLE, *POLITICS*, I, 2:1253a-25. (アリストテレス(山本光雄訳)『政治学』三六頁(岩波書店、一九六一年))。本稿における引用部分の翻訳に際しては次の英語訳も参照した。Aristotle, *Politica*, (Benjamin Jowett trans.) in 10 *THE WORKS OF ARISTOTLE*, I, 2:1253a-25 (W. D. Ross ed., 1921).

- (8) THOMAS HOBBS, LEVIATHAN, OR THE MATTER, FORME, & POWER OF A COMMON-WEALTH ECCLESIASTICALL AND CIVILL 85-88 (1651). (キーンズ (水田洋訳) 『リチャード・マニントン (二)』二七一-三五頁 (岩波書店 一九六四年))。キーンズの国際法學上の位置については、ニコル・ボートは「国際法の否定者である」と評する。ARTHUR NUSSBAUM, A CONCISE HISTORY OF THE LAW OF NATIONS 144-146 (Revised ed. 1954) (邦訳は「一九四七年の初版本について」A・ニコルボート (広井大三訳) 『国際法の歴史』二〇二-二〇五頁 (ごまじ社 一九九七年))。
- (9) 大銅政一「完全社会」学校法人上智学院・新カトリック大事典編纂委員会編『新カトリック大事典 Ⅱ』八三頁 (一九九八年)。完全な社会については、次の文献を参照。JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 147-150 (1980); MESSNER, *supra* note 5, at 725-727. (メスナー・前掲注 (五) 七六一-七六三頁)。
- (10) ARISTOTLE, *supra* note 7, at I, 2.1252b-25-30. (アリストテレス・前掲注 (七) 三四頁)° MESSNER, *supra* note 5, at 726. (メスナー・前掲注 (五) 七六二頁)° FINNIS, *supra* note 9, at 160.
- (11) FINNIS, *supra* note 9, at 147-148.
- (12) Joseph Boyle, *Natural Law and International Ethics in TRADITIONS OF INTERNATIONAL ETHICS* 112, 132 (Terry Nardin & David R. Mapel eds. 1992). See also ALLOTT, *EUNOMIA, supra* note 4, at 202, paras. 12.61-12.62.
- (13) Robert P. George, *Natural Law and International Order in INTERNATIONAL SOCIETY* 54, 60 (David R. Mapel & Terry Nardin eds. 1998). たゞえば、コスケニエム (Martti Koskeniemi) はケルゼンを参照しつつ次のように述べる。「国家の中にあって、経済的実効性や管理の実効性・個人の諸権利・正義の諸原則といった多様な概念が、対峙し、調和を見出すのである。」Martti Koskeniemi, *The Wonderful Artificiality of States*, 88 PROC. AM. SOC'Y INT'L L. 22, 28-29 (1994).
- (14) 稲垣良典「共通善」学校法人上智学院・新カトリック大事典編纂委員会編『新カトリック大事典 Ⅱ』三四九-三五二頁 (一九九八年)。共通善は「共同善」と翻訳されることもある。たゞえば、MESSNER, *supra* note 5, at 189. (メスナー・前掲注 (五) 二〇五頁)° 国際社会の文脈で、共通善について言及したのものとしては、以下の文献を参照。Boyle, *supra* note 12, at 128.
- (15) FINNIS, *supra* note 9, at 155.
- (16) ARISTOTLE, *supra* note 7, I, 1.1252a. (アリストテレス・前掲注 (七) 三一頁)° See THOMAS AQUINAS, *SUMMA*



- THEOLOGIAE, II-I, Question 90, article 2. (トマス・アクィナス(稲垣良典訳)『神学大全 一三』六一七頁(創文社、一九七三年))。
- (17) Boyle, *supra* note 12, at 130-131.
- (18) ヴァッテル的な国際法観については本稿の第二章四を参照。
- (19) 国際法上の交戦権の国家による独占については、本稿の第二章一を参照。
- (20) Max Weber, *Soziologische Grundbegriffe in WIRTSCHAFT UND GESELLSCHAFT I*, 29 (1992). (マックス・ウェーバー(清水幾太郎訳)『社会学の根本概念』八八—八九頁(岩波書店、一九七二年))。中世ヨーロッパでの実力行使については、NICOLE GONTHIER, CRIS DE HANÉ ET RTES D'UNITE. LA VIOLENCE DANS LES VILLES, XIII-XVIIe siècle (1992). (邦訳は「ニール・ゴンティエ(藤田朋久・藤田なち子訳)『中世都市と暴力』(白水社、一九九九年))。
- (21) 埜浩「フランス法史上の権力と刑事法」『埜浩著作集4 フランス・ドイツ刑事法史』六頁(信山社、一九九二年)。
- (22) Hugo GROTIUS, DE JURE BELLI AC PACIS (1625), I, iii, 1-5. 邦訳は、グロチウスによる戦争の分類については、大沼保昭編『戦争と平和の法』(復刻版) 一一九—一四二頁(酒井書店、一九九六年)。グロチウスによる戦争の分類については、大沼保昭編『戦争と平和の法』(補正版) 一一三—一九六頁(東信堂、一九九五年)を参照。
- (23) 田岡良一「国際法の歴史」国際法学会編『国際法講座 第一巻』六六—七〇頁(有斐閣、一九五三年)。小長谷和高『国際刑事裁判序説』三、一二頁(尚学社、一九九九年)。
- (24) JEAN BODIN, SIX LIVRES DE LA REPUBLIQUE (1576). ボーダンの国際法史上の意義については、NUSSBAUM, *supra* note 8, at 77. (ユリスボーム・前掲注(八) 一一一—一二二頁)。
- (25) Declaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. 邦訳は、樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集 第3版』二五七—二五八頁(三省堂、一九九四年)によった。
- (26) 藤田嗣雄「欧米の軍制に関する研究」三二七—三三六頁(信山社、一九九一年)。
- (27) 欧州における警察(police)の語は、ラテン語の *politia* に由来し、都市国家(*polis*)に関する政治、特にその憲法をさすものであった。田上穰治『警察法』(新版) 三頁(有斐閣、一九八三年)。警察権とは、「社会公共の秩序維持を目的として、人民に命令・強制しその自然の自由を制限する作用として発動される公権力」をいう。一国の統治権に服する者は、自

然人・法人・自国民・外国人のいずれであるかを問わず警察権に服する。竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表『新法律学辞典 第三版』三二九頁(有斐閣、一九八九年)。警察権の行使は、警察官である一般司法警察職員を通じてなされるほか(刑事訴訟法一八九条)、麻薬取締官や海上保安官などの特別司法警察職員によっても行われる(同法一九〇条)。

(28) たとえば、コンフォートは、国際的力 (international force) と国内的力 (internal force) とに分類する。BENEDICTO CONFORTI, INTERNATIONAL LAW AND THE ROLE OF DOMESTIC LEGAL SYSTEMS 125-159 (1993)。国家の異なる二つの機能を担う支配装置も、軍隊と警察として分離された。猪口孝『国家と社会』六六一七〇頁(東京大学出版会、一九八八年)。

(29) たとえば、日本の場合、警察法二条一項によれば、警察は「個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつて、その責務とする」。これに對して、自衛隊の任務は、自衛隊法三条一項により「わが国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、直接侵略及び間接侵略に對しわが国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じ、公共の秩序の維持に當るものとする」としており、具体的には、自衛隊法六章の定める「自衛隊の行動」で、その性格により(A)防衛的行動(防衛出動(七六条))と(B)警察的行動とに大別している。後者の自衛隊が行う警察的行動としては、以下のものがある。(B<sub>I</sub>)治安出動(七八条、八一条)、(B<sub>II</sub>)海上における警備行動(八二条)、(B<sub>III</sub>)領空侵犯対処措置(八四条)、(B<sub>IV</sub>)災害派遣(八三条)、(B<sub>V</sub>)地震防災派遣(八三条の二)である。この他に自衛隊が使用される業務としては、自衛隊法八章の「雑則」において(C)民生協力業務や(D)国際業務が定められている。防衛法学会編・安田寛監修『平和・安全保障と法—防衛・安保・国連協力関係法概説—』(補綴版)八三一—一八頁(内外出版、一九九七年)。

(30) CONFORTI, *supra* note 28, at 126-132.

(31) もっとも、実際には警察と軍隊の区別が曖昧な場合が生ずる。たとえば、アメリカでは、沿岸警備隊(Coast Guard)の全部又は一部が連邦の陸海空軍に編入されることがある。また、戦時又はこれに準ずる事変に際して、立法・行政・司法の事務の全部又は一部を軍の機関に移す戒厳(martial law)の場合がある。

(32) ただし、今日の国際社会では、国際連合や地域的機関などの組織化にともない集権化が進んでいる。

(33) JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DU CONTRAT SOCIAL (1762)。(ルソー(桑原武夫・前川貞次郎訳)『社会契約論』(岩波書店、一九五四年)。ルソーの国際法史上の意義については、NUSSBAUM, *supra* note 8, at 139。(ニエスボーム・前掲注(八)一九

五一—一九六頁）。

- (34) ROUSSEAU, *supra* note 33, at I, IV. 引用部分の翻訳は、ルソー・前掲注（三三）二四頁によった。
- (35) MAX WEBER, *POLITIK ALS BERUF* (1919), *reprinted in* 17 MAX WEBER *GESAMTAUSGABE* 158-159 (Horst Baier, M. Rainer Lepsius, Wolfgang J. Mommsen, Wolfgang Schluchter, Johannes Winckelmann eds., 1992). 引用部分の翻訳は、フックス・サホーナー（脇井平訳）『職業としての政治』九一—〇頁（岩波書店、一九八〇年）によった。
- (36) CARL SCHMITT, *DER NOMOS DER ERDE IM VOLKERRECHT DES JUS PUBLICUM EUROPAEUM* 113-114 (1950). 引用部分の翻訳は、カール・シュミット（新田邦夫訳）『大地のノモス』上、一七〇—一七一頁（福村出版、一九七六年）によったが、一部改めた。
- (37) 本稿の第二章一を参照。
- (38) HANS KELSEN, *LAW AND PEACE IN INTERNATIONAL RELATIONS* 11-14 (1942) [hereinafter cited as *KELSEN, LAW AND PEACE*]. (H. ケルゼン（鶴岡信成訳）『法と国家』一三一—一七頁（東京大学出版会、一九六九年））。 HANS KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE* 21 (Anders Wedberg trans., Russell & Russell, 1961) (1945) [hereinafter cited as *KELSEN, GENERAL THEORY*]. (ハンス・ケルゼン（尾次善人訳）『法と国家の一般理論』六六一—六七頁（木鐸社、一九九一年））。
- (39) ALLOTT, *EUNOMIA, supra* note 4, at 271, para. 15.27.
- (40) ノロットによれば、国際社会であると国内社会であるとを問わず、あらゆる社会は固有のコンスタテューションを有する。このコンスタテューションに準拠することから、社会は、一構造 (structure) として自己を確立し、一体系 (system) として組織化し、あらゆる様々な力を社会的力 (social power) として利用することが可能となる。 *Id.*, at 133, para. 9.1; at 178, para. 12.1; at 255, para 14.4. 国際社会は、'国際的コンスタテューション' の下で国際法を創造することによって法的諸関係を樹立する。そのような法的諸関係を利用することから、国際社会は、過去の経験に基づいて、人類の未来に「より一貫して憲法性のある」 *Id.*, at 255, para. 14.4.
- (41) FERNANDO R. TESON, *HUMANITARIAN INTERVENTION: AN INQUIRY INTO LAW AND MORALITY* 81-87 (2nd ed., 1996); HANS KÖCHLER, *DEMOCRACY AND THE INTERNATIONAL RULE OF LAW* 23-26 (1995).

- (42) HOBBS, *supra* note 8, at 88. 引用部分の邦訳は、ホッブズ・前掲注(八)三六頁によったが、一部改めた。
- (43) *Id.*, at 123. (ホッブズ・前掲注(八)一一八頁)。ホッブズによれば、そのような公共的代行者には、①一般行政(General Administration)のための諸代行者や、②経済などの、特殊行政に関係する諸代行者、③人民の指導のための代行者④司法のための代行者、⑤実施のための公共的代行者などがあつた。
- (44) *Id.*, at 126. (ホッブズ・前掲注(八)一三三—一三四頁)。
- (45) *Id.*, at 126. (ホッブズ・前掲注(八)一三四頁)。
- (46) JAMES CRAWFORD, DEMOCRACY IN INTERNATIONAL LAW 8-10 (1994).
- (47) James Crawford & Susan Marks, *The Global Democracy Deficit: an Essay in International Law and its Limits in Re-Imagining Political Community* 72-90 (Daniele Archibugi, David Held and Martin Kohler eds., 1998).
- (48) James Crawford, *Democracy and International Law*, 1993 BRIT. Y.B. INT'L L. 113, at 116; CRAWFORD, *supra* note 46, at 7 (1994). *But see* THOMAS M. FRANCK, FAIRNESS IN INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS 83-139 (1995) [hereinafter cited as FRANCK, FAIRNESS].
- (49) KOCHLER, *supra* note 41, at 50; ALLOTT, EUNOMIA, *supra* note 4, at 306-308, paras. 16:23-16:27.
- (50) FRANCK, FAIRNESS, *supra* note 48, at 90-91; ALLOTT, EUNOMIA, *supra* note 4, at 314, para. 16:44.
- (51) FERRANDO R. TESON, A PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW 94 (1998).
- (52) *See, e.g.*, AGUINAS, *supra* note 16, II-I, Question 90, article 2. (トントナス・前掲注(一六)六七頁)。
- (53) Boyle, *supra* note 12, at 128.
- (54) KOCHLER, *supra* note 41, at 23.
- (55) GROTIUS, *supra* note 22, I, iii, 8. 引用部分の邦訳は、グロチウス・前掲注(二二)一四五頁を参考として、著者が行った。ロンソーは、専制君主に対する絶対的な忠誠という観点から、グロチウスの主張を批判する。ROUSSEAU, *supra* note 33, at I, IV. (ロンソー・前掲注(三三)二〇—二七頁)。
- (56) カントの国際法史上の意義については、NUSSBAUM, *supra* note 8, at 143-144. (ニクスホーム・前掲注(八)二〇—二二〇二頁)。また、カント理論の国際法への応用については、たゞぞ次文献を参照。Thomas Donaldson, *Kant's Global*

- Rationalism* in TRADITIONS OF INTERNATIONAL ETHICS 136-157 (Terry Nardin & David R. Mapel eds., 1992); CHARLES COVELL, KANT AND THE LAW OF PEACE (1998); Pierre Laberge, *Kant on Justice and the Law of Nations* in INTERNATIONAL SOCIETY 82-102 (David R. Mapel & Terry Nardin eds., 1998); Fernando R. Tesón, *Kantian International Liberalism* in INTERNATIONAL SOCIETY 103-113 (David R. Mapel & Terry Nardin eds., 1998); TESÓN, *supra* note 51, at 1-38.
- (57) IMMANUEL KANT, METAPHYSIK DER SITTEN (1797), *reprinted in* IMMANUEL KANT'S METAPHYSIK DER SITTEN 159-160 (J.H. v. Kirchmann ed., 1870). (カント(加藤新平・三島淑臣訳)「人倫の形而上学」野田又夫責任編集『カント』四五九頁(中央公論社、一九七九年))。
- (58) JOHN STUART MILL, CONSIDERATIONS ON REPRESENTATIVE GOVERNMENT BY JOHN STUART MILL 85 (photo. reprint Chicago, University of Chicago Bookstore 1947) (New York, Harper & Brothers 1867). (「J. S. ミル(永田洋訳)『代議制統治論』一〇四頁(岩波書店、一九九七年))。
- (59) KOCHLER, *supra* note 41, at 10.
- (60) フロットは、民主主義の觀念が、歴史的に、国家の有する力に対して正当性を付与したことを指摘する。ALLOTT, EUNOMIA, *supra* note 4, at 214, paras. 13.24-13.25. フロットは、今日の民主主義の果たす役割として、この考え方を採る。Id., at 215, para. 13.27; at 216-218, para. 13.31-13.34.
- (61) KOCHLER, *supra* note 41, at 10.
- (62) 普遍性と近代国家の關係について、最上敏樹は次のように述べている。「普遍性という以上それは、無時間的・非文脈的であらねばならないはずだが、この思考はまず、一七世紀という時点にヨーロッパという局地で現れた、民族国家という制度に応用されることになった。……それは、……各々の民族国家内部においては十分に普遍的な営みでもありえただろう(傍点は、原著者)。最上敏樹『国連システムを超えて』五八―五九頁(岩波書店、一九九五年)。
- (63) たとえば、自衛隊法の五七条は、「隊員は、その職務の遂行に当つては、上官の職務上の命令に忠実に従わなければならない」としている。防衛法学会・前掲注(二九)一六三―一六五頁。
- (64) 2 OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 268 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952) [hereinafter cited as OPPENHEIM (7th

ed.)。当該部分は、国際慣習法を記述していると言われる。

- (65) See e.g., HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL'S GRUNDLINIEN DER PHILOSOPHIE DES RECHTS 305-306, paras. 257-258 (Eduard Gans ed., 2nd ed. 1840) (1821). (ヘーゲル (藤野渉・赤沢正敏訳) 『法の哲学』四七八―四七九頁 (中央公論社、一九七八年))。ヘーゲルによれば、国家は道徳的実体であり、自由という最高の権利を享受する能力を有する。ヘーゲルにとって、国家は、完成した道徳的に自足の状態にある実在である。なお、ヘーゲルの国際法の理解については、たとえば、NUSBAUM, *supra* note 8, at 236-238. (ニースボーム・前掲注 (八) 三二六―三二八頁)。

このような人格化された国家の完全性や主権概念が、絶対的な国家という幻想に結びつきやすいことをハートは次のように戒めている。「法学において『主権的』という言葉があらわれるときはいつも、それをその人の言葉が彼の従属者や臣民にとって法であるような、法の上に立つ人という考えと結びつける傾向がある。……それは国際法理論においては、さらに一層われわれを混乱させる源であった。もちろんそのような線にそって、国家はその臣民に対する法の源であるが、それ自身は法を持たない存在、すなわち一種のスーパーマンのようなものとも考えることも可能である。十六世紀以来、国家と君主の象徴的な同一視(「朕は国家なり」)はこの考えを勇気づけたのであって、それは法のおよび政治的な理論にあやしい着想を与えたものである。『国家』という表現は、本来あるいは『その性質上』法の外にある人や物の名ではなく、次の二つの事実を言及する方法である。すなわち、第一に、ある領域の住民が、立法院、裁判所および第一次的ルールといったその特徴的構造を持つ法体系によって与えられた秩序ある政府の形態の下に住むこと。第二にその政府が曖昧だが一定の独立性を享有することである(傍点は、原著者)。HART, *supra* note 1, at 215. 引用部分の邦訳は、ハート・前掲注 (一) 二二九頁によった。

- (66) 本稿では、国家の完全性と国内法の完全性とは同一のことを意味しているとみなす。本稿と同様の立場から、国家と国内法とを分離する考え方を批判した文献としては、次を参照。KELSEN, LAW AND PEACE, *supra* note 38, at 70-74. (ケルゼン・前掲注 (三八) 『法と国家』八四―八九頁)。KELSEN, GENERAL THEORY, *supra* note 38, at 181-192. (ケルゼン・前掲注 (三八) 『法と国家の一般理論』二九―三〇七頁)。

- (67) 本稿と同様の問題意識から、ジュネーブ諸条約及び追加議定書の不完全性について言及した文献としては、たとえば次の文献を参照。Michael Bothe, *The role of national law in the implementation of international humanitarian law in*

- STUDIES AND ESSAYS ON INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND RED CROSS PRINCIPLES IN HONOUR OF JEAN PICTET 301-312, 302-303 (Christophe Swinarski ed., 1984).
- (68) オースマンの国際法史上の位置付けについては、NUSSBAUM, *supra* note 8, at 233-234. (ロナスボーム・前掲注(八)三二―三二四頁)。また、次の文献も参照。八木鉄男「法命令説と国際法」同志社法学二五七号―二五八号(一九九八年)。
- (69) JOHN AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE, vol.1, ch.5 and especially at 182-188 (Robert Campbell ed., 3rd ed. 1869).
- (70) KEISEN, LAW AND PEACE, *supra* note 38, at 19. (ケルゼン・前掲注(三八)『法と国家』二二―二三頁)。
- (71) KEISEN, LAW AND PEACE, 29-55. (ケルゼン・前掲注(三八)『法と国家』三六―六七頁。KEISEN, GENERAL THEORY, *supra* note 38, at 328-341. (ケルゼン・前掲注(三八)『法と国家の一般理論』四八五―五〇三頁)。BROWNLIE, RULE, *supra* note 1, at 6-8.
- (72) たとえば、田畑茂二郎『国際法新講 上』二五―三二頁(東信堂、一九九〇年)。
- (73) GEORG JELLINEK, ALLGEMEINE STAATSLEHRE 379 (Walter Jellinek ed., 3rd ed. 1929). 引用部分の邦訳は、G・イェリネク(青柳信喜ほか訳)『一般国家学【第三版】』三〇三頁(学陽書房、一九七六年)を採った。
- (74) たとえば以下の文献を参照。Hersch Lauterpacht, *Some Observations on the Prohibition of 'Non liquet' and the Completeness of the Law in SYMBOLAE VERZUJ(1958) reprinted in HERSCH LAUTERPACHT, 2 INTERNATIONAL LAW: COLLECTED PAPERS 213-237 (Elihu Lauterpacht ed., 1975); Julius Stone, *Non Liqueur and the Incompleteness of International Community*, 35 BRIT. Y. INT'L L. 124 (1959); Daniel Bodansky, *Non Liqueur and the Incompleteness of International Law in INTERNATIONAL LAW, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND NUCLEAR WEAPONS 153-179, 159-160 (Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands eds., 1999)*. また、次の文献も参照。杉原高嶺「国際法と非 liquet 非 Liqueur の克服」北大法学論集二九卷二号―三三―一九一頁(一九七八年)。たとえば杉原は、「国際法の適用に よって決定されえない法律的紛争はない」という意味において『国際法の完全性』を語ることは不可能ではない」と述べる。一三五頁。*

- (75) 杉原・前掲注(七四) 一四一—一四二頁。
- (76) これに対して、ボータ(Bothe)は、シュネーン諸条約及び追加議定書が不完全であるとして、①これらの規定の多くがセルブ・ユクセキエーティングではなごこと、②規定の実施には、国家による行為(national act)を必要とするものが存在する<sup>17)</sup>を指摘する。Bothe, *supra* note 67 at 302-303.
- (77) KEISEN, LAW AND PEACE, *supra* note 38, at 163-164. (ケルゼン・前掲注(三八)『法と国家』一八四—一八六頁)。
- (78) Stone, *supra* note 74, at 135. See also Bodansky, *supra* note 74, at 161-165. 杉原は、この原則を「包括的許容論」と呼ぶ。杉原・前掲注(七四) 一七六頁。
- (79) The Lotus (France v. Turkey), 1927 P. C. I. J. (ser. A) No.10, at 18-19. 邦訳は、皆川洗編『国際法判例集』二五一—二六四頁(有信堂 一九七五年)。
- (80) アメリカ合衆国の国内裁判手続におつて、国内法と比較して国際法が重視されない傾向があることについては、たとえ<sup>18)</sup>、以下の文献を参照。FRANCIS ANTHONY BOYLE, DEPENDENT CIVIL RESISTANCE UNDER INTERNATIONAL LAW 14-15 (1987); Philip R. Trimble, *International Law, World Order, and Critical Legal Studies*, 42 STAN. L. REV. 811-845 (1990).
- (81) B. V. A. Roling, *The Law of War and the National Jurisdiction since 1945*, 100 RECUEIL DES COURS 329, 332 (1960-II).
- (82) RONALD DWORNIK, *LAW'S EMPIRE 164-167*(1986). (ロナルド・ドゥウウォーキン(小林公訳)『法の帝国』二六二—二六七頁(未來社 一九九五年))。
- (83) *Id.*, at 166. (ドゥウウォーキン・前掲注(八二)二六五頁)。
- (84) *Id.*, at 167, 176. (ドゥウウォーキン・前掲注(八二)二六六、二八〇頁)。
- (85) *Id.*, at 188. (ドゥウウォーキン・前掲注(八二)二九七頁)。
- (86) *Id.*, at 190-216. (ドゥウウォーキン・前掲注(八二)三〇〇—三三六頁)。
- (87) THOMAS M. FRANCK, THE POWER OF LEGITIMACY AMONG NATIONS 175 (1990) [hereinafter cited as FRANCK, LEGITIMACY].



- (88) フランクにとって国家間に適用される規則の正当性とは、「規則又は規則制定機関の有する次の属性である。すなわち、当該規則又は規則制定機関が正しい手続 (right process) として一般的に受容されている諸原則に従って存在し運用されていることを規範各宛人が信ずるため」「同規範の」遵守へと「規範各宛人が」導かれることとなる (exerts a pull toward compliance) 属性である。」FRANCK, LEGITIMACY, *supra* note 87, at 24. フランクの国際法学については、柴田明穂「国際法における公正—フランク国際法学の主眼と課題—」岡山大学法学会雑誌四七巻四号七七一—三三三頁（一九九八年）を参照。
- (89) FRANCK, LEGITIMACY, *supra* note 87, at 143, 147; FRANCK, FAIRNESS, *supra* note 48, at 38-41. フランクは「正当性の指標として」①規則の確定性 (determinacy) ②正統性 (pedigree) 又は象徴的妥当性 (symbolic validation) ③一貫性 (coherence) ④継続性 (adherence) をあげた。FRANCK, LEGITIMACY, *supra* note 87, at 49; FRANCK, FAIRNESS, *supra* note 48, at 30.
- (90) FRANCK, LEGITIMACY, *supra* note 87, at 150-182.
- (91) FRANCK, FAIRNESS, *supra* note 48, at 83-139.
- (92) OPPENHEIM (7th ed.) *supra* note 64, at 587-588.
- (93) これに対して「第二次世界大戦以前の伝統的な国際法においては、交戦国による処罰は、その国の安全と利益の観点からなされるため、休戦時や平和回復時には、抑留中の戦争犯罪人であっても通常処罰されなかった。藤田久一「犯罪の国際化と国際法」国際問題四五〇号（一九九七年）一〇頁。
- (94) RICHARD H. MINEAR, VICTORS' JUSTICE: THE TOKYO WAR CRIMES TRIAL (1971). (リチャード・H・マイニア (安藤仁介 訳) 『東京裁判—勝者の裁き—〔新装版〕』(福村出版、一九八八年))。
- (95) Gerry J. Simpson, *War Crimes: A Critical Introduction in THE LAW OF WAR CRIMES: NATIONAL AND INTERNATIONAL APPROACHES* 4-11 (Timothy L. H. McCormack & Gerry J. Simpson eds., 1997).
- (96) DWORKIN, *supra* note 82, at 185. (デューク・キン・前掲注 (八二) 二九四頁)。
- (97) Harold G. Maier, *The Principles of Sovereignty, Sovereign Equality, and National Self-Determination in INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL SECURITY: MILITARY AND POLITICAL DIMENSIONS* 246 (Paul B. Stephan III &

Boris M. Klimentko eds., 1991).

#### 第四章 伝統的国際法の役割としての国内法の補足

(1) 前章で検討した通り、個人の規律の観点からすれば、伝統的国際法は、完全な社会である国家を当然の前提として成立した不完全な規範である。本章では、そのような不完全な国際法が果たす役割について検討する。

絶対的であり排他的である国内法秩序を持つ国家は、そのままでは、互いに協力することはないであろう。そのような諸国家が、相互的な協力関係に入るインセンティブとなるのが、複数の国家に共通な利益 (common interests) の存在である。<sup>(98)</sup> この国際社会の共通利益は、国内社会における共通善と、パレルな関係にあるものである。<sup>(99)</sup> たとえば、古くはヴォルフ (Christian Wolf) が、全ての国家から構成される国際社会の目的が「国家自身およびその状態を完全なものとするにあたり相互援助 (mutuum adiutorium) を行うこと、その結果、力をあわせて共通善を促進すること」であると述べている。<sup>(100)</sup> また、近年ではブル (Hedley Bull) が次のように述べている。<sup>(101)</sup>

「諸国家から構成される社会 (a society of states) (または国際社会 (international society)) が存在すると言えるのは、①一群の国家が、特定の共通利益および共通の価値を認識し、相互の関連において一連の共通の規則に拘束されているという自覚を有するという意味で一つの社会を構成し、②共通の諸制度の運営に参加する場合である。」

(2) 国際刑事法の分野においても、そのような国際社会の共通利益を保護法益として、国際犯罪概念が成立している。たとえば、バシウニ (Bassiouni) は、国際犯罪概念には、(A) 国際的要素、(B) トランスナショナルな要素、(C) 国際協力を行う必要性の要素といった三つの要素の一つ又はそれ以上が含まれるとするが、これらの

国際犯罪を成立せしめている要素として列挙されている事項は、国際社会の共通の利益の存在を示しているものにほかならない。すなわち、まず、国際的要素とは（AⅠ）直接的であるか間接的であるかを問わず、人類の平和と安全に対する脅威を構成する犯罪、（AⅡ）世界共同体の良心に衝撃を与えるものと認められる行為（世界共同体の共有された価値に反するもの）を構成する犯罪に見出すことができる。トランスナショナルな要素とは（BⅠ）複数の国の公的・安全・経済的利益に影響し、国境を越えて影響する犯罪、（BⅡ）複数の国の市民が巻き込まれること、又は国境を越えて行為する人が巻き込まれる犯罪に見出すことができる。そして、（C）国際協力を行う必要性の要素とは、以上のいずれかの要素の一部しか含まないが、当該犯罪行為を統制・防止・抑圧するためには、実効的な協力がより一層必要であるという、必要性の要素のことである。

（3）そのような国際社会の共通利益概念を根拠として、国家秩序を補充・補足する（supplement）ための国際的なシステムとしては、武力紛争法・人道法の分野においては、①犯罪人引渡などの諸国家による協力関係と、②利益保護国制度や赤十字国際委員会などの第三者機関による国家制度の補足とに二分して考えることができる。<sup>(10)</sup>これらは単独の国家による規律では不十分な対象を、国際的な枠組みで補足しようとする試みである。以下、検討する。

### 一 諸国家による協力関係

（1）国境を越える犯罪について、水平的な関係にある複数の諸国は、共同で措置をとるためにトランス・ガバメンタルな協力関係を構築しようとする（transgovernmentalism）。トランス・ガバメンタリズムとは、問題領域<sup>(11)</sup>に各国政府の担当者または担当機関相互が連携を深めて、情報を交換し、共同対処を志向している状況である。た

たとえば、アン＝マリ・スローター (Anne-Marie Slaughter) は、国際機関やグローバル・ガバナンスといった問題解決方法よりも、複数の国家の政府機構間の協力によるフランス・ガバメンタリズムが「世界秩序の理想像」であり、効率的・国際的な統治方法になりつつあると指摘している。<sup>(106)</sup>

(2) このようなフランス・ガバメンタリズムを関係当局間の協力と位置付けることが許されるのであれば、こういった政策は既に実定国際法として存在している。たとえば、既に述べた通りジュネーブ諸条約では、重大な違法行為に対して、従来の各国国内法による処罰方式を採用し、各締約国に裁判管轄権を認める方式をとったが(本稿第二章二を参照)、同時に締約国間での協力も定めている。<sup>(107)</sup> 特に、締約国は、自国で裁判を行う代わりに、自ら希望する場合には、自国の法令の規定に従って、違反者を他の関係締約国に裁判のため引き渡すことができるとした(第一条約四九条、第二条約五〇条、第三条約一二九条、第四条約一四六条)。また、第一追加議定書では、締約国がジュネーブ諸条約や議定書の重大な違反行為に関する刑事手続において、最大限の援助を相互に与えねばならず(八八条一項)、また事情が許す場合、犯罪人引渡しの問題について協力しなければならなかった(同条二項)。すなわち、締約国は、「重大な違反行為」を犯した容疑者が自国の領域内で発見された場合、たとえ自らが交戦国でなくとも以下のいずれかの措置をとる義務を負う。①容疑者の国籍にかかわらず、国内法の許す範囲で、この者について自国の裁判所に対して公訴を提起すること、又は、②請求のあった他の締約国にその身柄を引き渡すことである。<sup>(108)</sup> これら一連の規定から、ジュネーブ諸条約では、処罰を確実なものとするため「引渡し又は裁判 (aut dedere aut judicare)」の原則を定めたことが注目される。<sup>(109)</sup> この原則の起源は、グロティウスの「引渡し又は処罰 (aut dedere aut punire)」の原則にまで遡るものである。<sup>(110)</sup>

特に、この原則の条約への採用が進んでいるのはテロ規制の分野である。<sup>(111)</sup> この分野では、多数国間条約が各締約

国に対して訴追・処罰の義務を課し、その容疑者を自国で処罰するか他の関係国に引き渡す義務を負う。<sup>(13)</sup>

(3) 国家が引き渡しを受けて、国内法を用いて処罰を行うためには、その前提として、同国が国際法上の管轄権を有することが必要となる。そのために、従来は、属地主義や属人主義といった管轄権の基礎が用いられてきたが、今日では、国際社会にとって普遍的な関心事とされる犯罪の場合には、従来の管轄権の基礎に加えて普遍主義が条約によって認められるようになっていく。<sup>(14)</sup>たとえば、アメリカ対外関係法第三リステイトメントの第四〇四条<sup>(15)</sup>は次のように普遍主義を定める。

「国家は、……管轄権の基礎が全く存在しない場合であっても、海賊行為、奴隷取引、航空機に対する攻撃若しくは強取、大量殺りく（ジェノサイド）、戦争犯罪及びおそらくは一定のテロリズム行為のように、国際社会にとって普遍的な関心事であると認められている一定の犯罪行為の処罰を規定し、かつ処罰する管轄権を有する。」

それゆえ、今日の武力紛争法・人道法は、普遍主義的傾向を有することとなる。<sup>(16)</sup>

(4) それでは、普遍主義に基づくこれらの諸国家による国際的協力は、どのように評価されるべきであろうか。

この問いに関しては、バシウニとワイズ (E. M. Wise) が、その著作において行った犯罪人引渡制度と国際関係概念の分析が示唆的である。<sup>(17)</sup>バシウニとワイズは、「引渡し又は裁判」の原則を分析するにあたり、国際関係のモデルを次の三つに類型化した。すなわち、①「人類共同体 (community of mankind)」とする見解、②ホップズに代表される「自然状態 (state of nature)」とする見解、③「諸国家から構成される社会 (society of states)」とする見解である。これらの類型と「引渡し又は裁判」の原則の関係について、第一のモデルからすれば、国際法上の犯罪は人類共通の関心事となり、当該犯罪がいずれの場所で犯されたとしても処罰されなければならないため「引渡し又は裁判」の原則が要求されることとなる。第二のモデルによれば、各国は自国の利益のみを追求し、生

の力にのみ従うため、法の支配は全く及ばないこととなる。第三のモデルによれば、犯罪はその行為地国の利益にのみ関わるため、犯罪人引渡しは相互主義的な自己利益に基づいて行われると指摘している。そして、彼らは、現在の国家実行に照らせば、第三の見解が有力であるとしている。<sup>(10)</sup>

この第三の立場にたてば、先の普遍主義に基づく国家の協力関係は、一見すると国際社会の成立を前提として、伝統的な主権国家観を克服するかのように見えるが、実は、各国の伝統的な国家主権を尊重しつつ、せいぜい国家から構成される社会の共通の利益を実現するものにすぎない。それゆえ、今日の国際協力の制度は、国内法秩序を補足する性格を有するといえる。<sup>(11)</sup>

## 二 第三者機関による国家機能の補足

(1) 武力紛争法の履行確保のため、第三国又は第三者機関が介入する場合がある。その代表的なものとして、本稿では、①利益保護国制度、②国際事実調査委員会、③赤十字国際委員会などの人道団体による活動を検討する。

(2) ジュネーブ諸条約は、「紛争当事国の利益の保護を任務とする利益保護国の協力により、及びその監視の下に適用される」と規定し、利益保護国 (protecting power) 制度を定める (共通八条、第四条約のみ九条。第一追加議定書五条)<sup>(12)</sup>。ここで利益保護国とは、武力紛争のため外交関係が不存在であるか又は外交断絶の状況にある当事国間で、一方当事国である依頼国のために、他方当事国たる在留国において、依頼国を代表してその国家及び国民の利益の保護にあたる国である。<sup>(13)</sup> 利益保護国は、その外務職員又は領事職員のほか自国の国民または他の中立国の国民を代表として任命することができるが、この代表は、任務を遂行するにあたり、当該任務を遂行する抑留国の承認を得なければならない。<sup>(14)</sup>

利益保護国の指名は、紛争当事国である依頼国の指名に基づき、利益保護国となるべき中立国及び抑留国の両国の同意により行われる。<sup>(123)</sup> それゆえ、同条約上、紛争当事国は利益保護国を指名する義務を負っておらず、現実の紛争においてこの制度が利用されることは稀である。そこで、この制度の欠陥を補う目的で、ジュネーブ諸条約には利益保護確保のための人道団体による代替制度も設けられている（共通一〇条、第四条約のみ一一一条。第一追加議定書五条三項、四項<sup>(124)</sup>）。しかし、利益保護国制度は、紛争当事国の利益の保護を主たる目的としており、人道法全体の適用確保を目的としたものではない。<sup>(125)</sup>

(3) さらに、第一追加議定書は、ジュネーブ諸条約と同議定書の重大な違反行為や他の重大な侵犯として申し立てられた事実を調査することを目的として、国際事実調査委員会 (International Fact Finding Commission) を設置することを定めている（九〇条<sup>(126)</sup>）。この委員会は一九九一年に設立されたが、この委員会の調査権が及ぶのは、委員会の権限を認める宣言を行う当局又は調査に同意する紛争当事国に対してのみにすぎない。<sup>(127)</sup>

(4) 今日の実定国際法は、国家に加えて、赤十字国際委員会 (International Committee of the Red Cross: ICRC) や国連難民高等弁務官事務所 (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) などの人道団体が武力紛争において紛争犠牲者保護のための活動<sup>(128)</sup> をすることを認めている。たとえば、赤十字国際委員会や他の人道団体は、ジュネーブ諸条約によって、関係国の同意の下、紛争地域で紛争犠牲者保護のための人道的活動を行うことが許される（共通九条、第四条約のみ一〇条。第一追加議定書八一一条<sup>(129)</sup>）。

しかしながら、これらの活動は関係諸国の授權や同意に基づいてのみ行われるため、その法的性格は、あくまで補充的・補足的であると理解されている。<sup>(130)</sup>

(5) 以上から明らかのように、紛争に対して中立的な第三者が武力紛争に関与し、武力紛争法・人道法の履行を

確保しようとする試みは、①利益保護国制度のように、特定国家の利益の実現を目的とするものであるか、②国際事実調査委員会や赤十字国際委員会のように、紛争当事国の同意が得られる範囲内で限定的に実施されるものではない。

### 三 ま と め

(1) 本章の冒頭で見たヴォルフに代表される論者は、国際社会による国家の補充・補足を、国家による個人の補充の類推として考えてきた(いわゆる国内類推 (domestic analogy)<sup>(3)</sup>)。すなわち、国家を国際社会における自然的人格としてとらえ、それを国際社会が補充するものと考えたのである。

しかし、本章で論述したように、国家は、自らの国益とせいぜい複数の国家の共通利益の実現を目的として、限定的な国際協力を行うにすぎない。そこで利用される国際法は、国家の完全性を当然の前提としているがゆえ、国家による補充を必要とする不完全な規範である。たとえば、ケルゼンは次のように述べている。<sup>(4)</sup>

「今日の国際法は、さまざまな国内法秩序を通じて、間接的に諸個人を義務付け授權している。国際法の諸規範はたいいてい不完全な諸規範で、国内法の諸規範による補充 (completion) を必要とする。国際法秩序は様々な国内法秩序の存在を前提とする。後者の国内法秩序なしには、前者の国際法は適用しようもない法秩序の断片となるであろう。それゆえ、国内法への依存が、国際法の諸規範の意味に内在している。この意味で、国際法秩序は諸国内法秩序自身の諸規範の補充を『委任 (delegates)』する。」

ここで∧国際法が国内法を補充している∨のではなく、∧国内法が国際法を補充している∨ことに注目されたい。それゆえ、第四章でこれまで述べてきた∧不完全な国際法による、完全な社会である国家への作用∨と、第三章



一で既に説明した△完全な社会である国家による、不完全な個人への作用∨とは、概念上、区別する必要がある。すなわち、伝統的国際法による国内法の補足・協力体制は、国家によって行われる個人の不完全性の補完とは異なり、あくまで国家主権や国内法秩序の自律性を侵害しない範囲でなされるにとどまる。それゆえ、△不完全な国際法による、完全な社会である国家への作用∨は、国際法によって国家が「完全」となるためではなく、本来完全である国家に対する援助を、国際法が追加的・補充的・補足的に与えるという意味である。それゆえ、本稿では、このような伝統的国際法の性質を便宜上「補足 (supplement)」的性質と呼ぶこととし、補って完全なものとするという意味の「補完」とは区別して用いることとする。

(2) このように国内法を限定的に補足するにすぎない伝統的国際法は、国家にとっては、対外関係を処理するための一手段にすぎない。たとえば、アロットは、次のように述べる。<sup>(13)</sup>

「……[国際社会における] 国際法の役割は、これまで周縁的 (marginal) ・残余的 (residual) ・断続的 (intermittent) 名ものであった。……国際法は、諸国家が意志し行為するにあたって考慮される単なる一要素にすぎない。国際法は、政治家や外交官にとって、これまで大して脅威となるものではなかったし又それほど便利なものでもなかった。国際法は、せいぜい、次のようなものにすぎなかったように思われる。すなわち、中立外交 (neutralized diplomacy)、信号 (amben) を点灯させて注意を喚起するだけで中途半端に固定された (half set) 国際関係、激変する国際情勢の荒波の中に浮かぶおおよそ安全である避難場所、政治的判断を行うときに用いられる比較的安定した判断基準、リップサービスのネタとなるありふれた話題、合理的な議論が通用しない野蛮な情勢下で常識を唱えるという無力な試み、といったものであった。」<sup>(14)</sup>

(3) このように国際法が不完全であり国内法補足という限定的な機能しか持ち得なかったのは、国家が伝統的国際法学において「完全な社会」であると想定され続けてきたためである。以下、次章では、このような伝統的国際

法の前提となる「完全な社会」の限界について考察する。

- (98) 山本章二『国際法【新版】』一六一七頁(有斐閣、一九九四年)。
- (99) このような共通利益が存在する結果、国際社会は、①人類として共通な善をいなくんと、②そのような共通善を表現するための国際的な権威を正当化するものと、③この帰結を得る。Boyle, *supra* note 12, at 129. See also FINNIS, *supra* note 9, at 238-245.
- (100) ウェルソンの国際法学については、柳原・前掲注(六)を参照。
- (101) CHRISTIAN WOLF, *JUS GENTIUM METHODO SCIENTIFICA PERTRACTATUM* [The Classics of International Law, 13-1] 3, para. 8 (photo. reprint 1934) (1764).
- (102) HEDLEY BULL, *THE ANARCHICAL SOCIETY* 13 (2nd ed. 1995). (グザリー・レン(白杵英一訳)『国際社会論』一四頁(二〇〇〇年))。
- (103) M. CHERIF BASSOUNI, *A DRAFT INTERNATIONAL CRIMINAL CODE AND DRAFT STATUTE FOR AN INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL* 36 (2nd rev. & updated ed. 1987). See also M. CHERIF BASSOUNI, *CRIMES AGAINST HUMANITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* 253-254 (2nd Revised ed. 1999).
- (104) *THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS* 543-547 (Dieter Fleck ed., 1995) [hereinafter cited as *HANDBOOK*]. 藤田久一『新版 国際人道法(増補)』一八七—一九五頁(有信堂、二〇〇〇年)。
- (105) 宮坂直史「国際テロリズムとトランス・ガバナメンタリズム」外交時報一三四九号四頁(一九九八年六月号)。
- (106) Anne-Marie Slaughter, *The Real New World Order*, *FOREIGN AFFAIRS* 183-197 (September/October, 1997). (邦訳はアン・マリ・スローター「トランスガバナメンタリズム」中央公論一九九七年二月号三九五—四〇八頁)。
- (107) 足立純夫『現代戦争法規論』二九二—二九三頁(啓正社、一九七九年)。藤田・前掲注(一〇四)二〇四頁。
- (108) 山本章二『国際刑事法』一一八—一九頁(三省堂、一九九一年)。
- (109) 「引渡し又は裁判」の原則については一般に次の文献を参照。M. CHERIF BASSOUNI & EDWARD M. WISE, *AUT DEDERE*

- AUT JUDICARE: THE DUTY TO EXTRADITE OR PROSECUTE IN INTERNATIONAL LAW (1995).
- (10) *Id.*, at 4. 山本・前掲注(一〇八)『国際刑事法』八四—八五、一六一頁。
- (11) テロに関しては、本稿の第五章を参照。
- (12) 山本・前掲注(一〇八)『国際刑事法』一六三頁。たとえば、「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」(Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, December 16, 1970)七条、「民間航空の安全に対する不法な行為の防止に関する条約」(Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, September 23, 1971)七条、「国際的に保護される者(外交官を含む)に対する犯罪の防止及び処罰に関する条約」(Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, December 14, 1973)七条、「人質をとる行為に関する国際条約」(International Convention against the Taking of Hostages, December 17, 1979)八条。
- (13) JORDAN J. PAUSR, INTERNATIONAL LAW AS LAW OF THE UNITED STATES 387-412(1996). また、藤田・前掲注(一〇四)二〇三—二〇四頁も参照。
- (14) RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES §404 (1987).
- (15) 本稿で引用した邦訳は、澤田壽夫編修代表『解説 国際取引法令集』三六八頁(三省堂、一九九四年)によった。
- (16) 武力紛争法・人道法以外で、普遍主義を明定しているものとしては、「アパルトヘイト犯罪の抑圧及び処罰に関する国際条約」(International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, November 30, 1973)四、五条。
- (17) BASSOUNI & WISE, *supra* note 109, at 26-42. 同書の紹介によれば、坂本一也「M. Cherif Bassouni and Edward M. Wise, Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law」『国際法外交雑誌九七巻一』号一〇三—一〇六頁(一九九八年)を参照。
- (18) 「引渡し又は裁判」の原則について、コンフォर्टィも、この三番目の見解をとるようである。CONFORTI, *supra* note 28, at 156-159.
- (19) 山本・前掲注(一〇八)『国際刑事法』一六三頁。

- (120) OPPENHEIM (7th ed.) *supra* note 64, at 374-376; HANDBOOK *supra* note 104, at 543-545. 足立・前掲注(一〇七) 三三—四二頁。藤田・前掲注(一〇四) 一八八—一九一頁。
- (121) 筒井若水編集代表『国際法辞典』三三六頁(有斐閣、一九九八年)。
- (122) OPPENHEIM (7th ed.) *supra* note 64, at 374.
- (123) 藤田・前掲注(一〇四) 一八八頁。
- (124) 利益保護国制度のウィーン条約への導入経緯については、以下の文献を参照。竹本正幸『国際人道法の再確認と発展』二七一—三〇四頁(東信堂、一九九六年)。藤田・前掲注(一〇四) 一八九—一九〇頁。
- (125) 藤田・前掲注(一〇四) 一九〇頁。
- (126) HANDBOOK *supra* note 104, at 545-547. 国際事実調査委員会に関する規定の制定過程については、竹本・前掲注(二二四) 三〇五—三六六頁を参照。
- (127) 藤田・前掲注(一〇四) 一九一頁。
- (128) 今日の武力紛争における人道団体の機能と法的位置付けについては、拙稿「国連軍による人道的団体の保護—紛争犠牲者への継続的援助を求めて—」筑波法政二〇号一八一—二〇四頁(一九九六年)を参照。
- (129) 藤田・前掲注(一〇四) 一九一—一九二頁。
- (130) 山本・前掲注(九八)『国際法【新版】』一五〇頁。
- (131) 国内類推については、次の文献を参照。HIEMI SUGANAMI, THE DOMESTIC ANALOGY AND WORLD ORDER PROPOSALS (1989). (H・スガナミ(白杆英一訳)『国際社会論：国内類推と世界秩序構想』(信山社、一九九四年))。
- (132) KEILSEN, GENERAL THEORY, *supra* note 38, at 348. 引用部分の邦訳は、ケルゼン・前掲注(三八)『法と国家の一般理論』五一—五二頁を参考にし、「一部文言を改めた。」
- (133) ALLOTT, EUNOMIA, *supra* note 4, at 296-297, para. 16.3.
- (134) 最上は次のように述べる。「……」として民族国家は国際機構という制度を通じて、再び結び結ばれることになる。再び一つの政体へと融合し始めたのではない。すでに述べたように主権的な民族国家という新しい制度はもはや覆しようがなかったから、それを否定して世界連邦や世界国家(といってもヨーロッパに限られてはいたが)をつくるのではなく、あ

くまでそれらの断片を八つなぐ<sup>1</sup>にとどめるのである。その意味において国際機構という存在は、主権民族国家システムの機能的な不都合に対処すべく生み出された、いわばすぐれて工学的な解（*technological fix*）だった。」最上・前掲注（六二）五〇頁。